# Die rechtliche Natur und Bedeutung der Konzessionen und Approbationen insbesondere auf dem Gebiete des Gewerberechts.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau



vorgelegt von

Fritz Korb

Referendar aus Breslau.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Brie.**
Korreferent: Professor Dr. **Herb. Meyer.**

Meinen Eltern gewidmet.

# Inhaltsverzeichnis.

# Literaturverzeichnis.

**v. Arnstedt**, Preußisches Polizeirecht. Bd. 1. Berlin 1905.

**Bähr**, Der Rechtsstaat. Kassel und Göttingen 1864.

**Biermann**, Privatrecht und Polizei in Preußen. Berlin 1897.

**Bornhak**, Preußisches Verwaltungsrecht. Bd. 2. Freiburg 1890.

**Bornhak**, Das Verwaltungsrecht in Preußen unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

**Conrad**, Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Bd. 1. 1890.

Deutsche Literaturzeitung vom Jahre 1903, Artikel von Ehrenberg S. 1174ff.

**Eger**, Preußisches Eisenbahnrecht. Bd. 1. Breslau 1889.

**Ellinger**, Der Gewerbebetrieb konzessionspflichtiger juristischer Personen, in den Blättern für administrative Praxis Bd. 14 Nr. 9, 10. 1904.

**Engelmann**, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 4. Aufl. Berlin 1906.

Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts. Bde. 2, 5, 9, 11, 17.

**Gierke**, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. Leipzig 1895.

**Gluth**, Genehmigung und subjektives Recht. Im Archiv für öffentliches Recht Bd. 3. 1888.

**Graf Hue de Grais**, Handbuch der Verfassung und Verwaltung. 10. Aufl. Berlin 1895.

**Grotefend**, Gesetzessammlung. Bde. 1806—49 u. 1876—83. 2. Aufl. Düsseldorf 1884.

**Jellinek**, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905.

**v. Kirchenheim**, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Stuttgart 1887.

**Laband**, Deutsches Reichsstaatsrecht im öffentlichen Recht der Gegenwart. Bd. 1. Tübingen 1907.

**Laband**, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. 1, 2 u. 3. 4. Aufl. Tübingen und Leipzig 1901.

**v. Landmann**, Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Bd. 1 u. 2. München 1907.

**Leuthold**, Das deutsche Baupolizeirecht, in Hirths Annalen des Deutschen Reiches 1879.

**Löning**, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.

**Mayer, Otto**, Deutsches Verwaltungsrecht. 2 Bde. Leipzig 1895/96.

**Merkel**, Juristische Enzyklopädie. 3. Aufl. Berlin 1904.

**Meyer, Georg**, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 2 Bde. 2. Aufl. Leipzig 1893/94.

**Nelken**, Das Gewerberecht in Preußen. Bd. 1. Berlin 1906.

**Rehbein** u. **Reincke**, Allgemeines Landrecht. 2 Teile. Berlin 1880.

**Rehm**, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession. München 1889.

**Rehm**, Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen. 2. Aufl. 1907.

**Riemann**, Das Wasserrecht der Provinz Schlesien. 2. Aufl. Breslau 1907.

**v. Rönne-Zorn**, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. Bd. 2. 5. Aufl. Leipzig 1906.

**v. Sarwey**, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. Tübingen 1880.

**Seiler**, Über die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession. Zürich 1888.

**Seydel**, Bayerisches Staatsrecht. Bd. 5. Freiburg i. Br. 1891.

**Seydel**, Das Gewerbepolizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung, in Hirths Annalen des Deutschen Reiches 1881.

**Schenkel**, Die deutsche Gewerbeordnung. 2. Aufl. Bd. 1. Karlsruhe 1892.

**v. Schicker**, Gewerbeordnung. 4. Aufl. Bd. 1. Stuttgart 1901.

**v. Stengel**, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart 1886.

**v. Stengel**, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Bd. 1 u. 2. Freiburg i. B. 1890.

**Zorn**, Das Reichsstaatsrecht. Bd. 2. 2. Aufl. Berlin 1897.

§ 1.

## Einleitung.

Der Sprachgebrauch hat es vielfach mit sich gebracht, die staatliche Erlaubnis zu einer Handlung, die ohne solche Erlaubnis nicht vorgenommen werden könnte, Konzession zu nennen. Solche Konzessionen finden sich auf den verschiedensten Rechtsgebieten, man spricht von Eisenbahnkonzessionen, Baukonzessionen, Konzessionen zur Errichtung gewerblicher Anlagen, Schankkonzessionen, Apothekenkonzessionen, konzessionierten Vereinen usw. Die Gesetze dagegen gebrauchen den Ausdruck „Konzession" verhältnismäßig selten und ohne ihn zu definieren. Statt seiner lesen wir häufig von staatlichen oder polizeilichen Erlaubnissen und Genehmigungen, auch von Verleihungen. Im Gegensatz zur „Konzession" pflegt man gewöhnlich als „Approbation" diejenige Erlaubnis zu bezeichnen, deren Erteilung an die Erbringung eines Befähigungsnachweises gebunden ist, wie z. B. dies bei Ärzten, Apothekern, Hebammen der Fall ist. Auch hier bedient sich das Gesetz vielfach anderer Ausdrücke, wie Prüfungs- und Befähigungszeugnisse. So kommt es, daß eine Abgrenzung der Konzessionen und Approbationen gegenüber ähnlichen Rechtsvorgängen besonders hinsichtlich ihres rechtlichen

Charakters nicht leicht ist. Eine Ausnahme machen die gewerberechtlichen Konzessionen und Approbationen, da sie in der Reichsgewerbeordnung einheitlich geregelt sind. An sie denkt man wohl auch zunächst, wenn von Konzessionen die Rede ist. Die Bezeichnung „Approbationen" aber weist uns vollends auf das Gewerberecht hin, weil wir sie auf sonstigen Rechtsgebieten nicht finden. Wir wenden uns daher zunächst einer Betrachtung der rechtlichen Natur und Bedeutung der gewerblichen Konzessionen und Approbationen zu.

§ 2.

## Geschichtliches.

Seit dem 18. Jahrhundert gibt es in Deutschland auf dem Gebiete des Gewerberechts Konzessionen. Während bis dahin das Gewerbe vollständig in den Händen der städtischen Zünfte, d. h. öffentlichrechtlicher Organisationen von Gewerbetreibenden desselben Gewerbszweiges, die mit den weitgehendsten Befugnissen ausgestattet waren, lag, so daß niemand ein Gewerbe betreiben konnte, der nicht einer solchen Zunft angehörte,[1] nahm nunmehr infolge der zunehmenden Entartung der Zünfte der Staat die Hoheit über das Gewerbewesen für sich in

[1] Man kann auch schon bei den Zünften von Konzessionen sprechen, aber ihnen fehlte noch der Charakter der „staatlichen" Erlaubniserteilung.

Anspruch. Wollte jemand ein Gewerbe betreiben, ohne einer Zunft anzugehören, so war ihm dies jetzt möglich, wenn er sich vom Staate die Erlaubnis dazu geholt hatte. So finden wir neben den Zunftgenossen jetzt sogen. Freimeister, staatlich konzessionierte Gewerbetreibende. Allmählich verschwand die Einrichtung der Zünfte,[2] der Gewerbebetrieb war nur noch vom Staate abhängig. Das Zunftsystem ward durch das System der staatlichen Bevormundung und Oberaufsicht, auch überhaupt Konzessionssystem genannt, ersetzt.[3]

Im 19. Jahrhundert trat aber an die Stelle des Konzessionssystems das der Gewerbefreiheit. Dasselbe hat auch in der RGewO. v. 1869 § 1 Abs. 1 seinen Ausdruck gefunden. Der Staat gibt danach grundsätzlich den Gewerbebetrieb für jedermann frei. Für gewisse Gewerbebetriebe sind aber Beschränkungen bestehen geblieben bezw. wieder eingeführt worden. So gibt es unter anderem vornehmlich noch konzessionspflichtige[4] Gewerbe. Um den juristischen Charakter der letzteren genauer bestimmen zu können, müssen wir auf das Wesen der Gewerbefreiheit näher eingehen.

---

[2] Es gibt zwar auch heute noch Zünfte, ihnen kommt aber eine andere Bedeutung zu.

[3] vgl. Nelken, Geschichtl. Einleitung u. Georg Meyer Bd. I S. 355 ff.

[4] Auf die Approbation, die wir oben nur als eine besondere Art staatlicher Erlaubnisse bezeichnet haben, werden wir unten näher eingehen.

## § 3.

## Die Freiheitsrechte, insbesondere die Gewerbefreiheit als subjektive öffentliche Rechte.

Die Gewerbefreiheit ist eine Unterart der dem Individuum überhaupt zustehenden allgemeinen Handlungsfreiheit. Sie gehört mit anderen Äußerungsmöglichkeiten derselben, wie Preßfreiheit, Vereins- und Versammlungsfreiheit, Freiheit des Eigentums, zu der Gruppe der sogen. „Freiheitsrechte".

Dem Begriff der letzteren liegt das Prinzip zugrunde, daß der moderne Staat seine Untertanen nicht lediglich in die Rolle von Unterworfenen verweist, sondern ihnen ein Gebiet läßt, auf dem sie sich frei als eigener Herr bewegen können. Diese Auffassung hat sich in den verschiedenen Staaten allmählich Bahn gebrochen und meistenteils in den Verfassungen derselben ihren Ausdruck gefunden. So haben wir in Frankreich die Déclaration des droits de l'homme et du citoyen von 1789, in Deutschland die Grundrechte des deutschen Volkes 1848 und Tit. 2 preuß. VU.: „Von den Rechten der Preußen" als Zusammenstellungen solcher Freiheits- oder Grundrechte zu nennen. Dagegen finden wir in der Reichsverfassung v. 16. 4. 1871 die Freiheitsrechte nicht zusammenhängend aufgezählt. Wie uns das Beispiel der Gewerbefreiheit zeigt, sind aber dieselben Grund-

sätze in den die einzelnen Rechtsgebiete behandelnden Gesetzen zum Ausdrucke gelangt.

Der Staat tritt nun naturgemäß, da er keine physische Person ist, nicht selbst mit den Individuen in Beziehung, sondern kann dies nur durch seine für die bestimmte Art von Beziehungen zuständigen Organe, in unserem Falle die Verwaltungsorgane. Ihnen fällt also bei ihrer die Rechtsordnung vollziehenden Tätigkeit die Aufgabe zu, die dem Individuum vom Staate gewährte Freiheitssphäre nicht durch Eingriffe ihrerseits zu verletzen, sondern im Gegenteil sie zu erhalten und zu schützen. Ja bei der heutigen Auffassung vom Staate werden sie geradezu zu natürlichen Vertretern der individuellen und freien Entwicklung, indem sie durch geeignete Gesetzesanträge dieselbe positiv fördern können.[1] Im Interesse der anderen Individuen und des Ganzen als solchen muß die dem einzelnen gegenüber dem Staate gewährte Freiheit eine Grenze haben, soll nicht die Existenz der Individuen und damit das Wohl des Staates gefährdet werden. Daher haben wir überall Vorschriften, die die Verwaltung unter bestimmten Voraussetzungen zu Eingriffen in die individuelle Freiheitssphäre ermächtigen. Diese Rechtssätze, indem sie zugleich die Grenze für ein Einschreiten der Verwaltungsorgane bezeichnen, geben den sich aus der individuellen Freiheitssphäre ergebenden Ansprüchen des Individuums

---

[1] vgl. Stein in Stengels Wörterb. Bd. 2 S. 706 ff.

gegenüber der Verwaltung eine konkretere Gestalt, so daß es naheliegt, zu untersuchen, ob denn die sogen. Freiheitsrechte auch wirkliche „Rechte", also subjektive Rechte der Individuen sind.

Laband[2] spricht ihnen den Charakter als subjektive Rechte ab, da sie kein Objekt hätten. Sie seien lediglich Normen für die Staatsgewalt, welche dieselbe sich gäbe, sie bildeten Schranken für die Machtbefugnisse der Behörden, sichertem dem einzelnen seine natürliche Handlungsfreiheit. Die Hervorhebung gewisser Betätigungen der natürlichen Handlungsfreiheit als Freiheits- oder Grundrechte beruhe in der Tat nur auf einer historischen Reminiszenz an ehemalige Eingriffe der Staatsgewalt, welche mit den heutigen Rechts- und Kulturzuständen nicht mehr in demselben Maße vereinbar erschienen. Die Anerkennung der Freiheitsrechte sei nur die Negation der früher bestandenen Beschränkungen.

Merkel,[3] der zwar anerkennt, daß dem einzelnen durch die Freiheitsrechte gegenüber dem Staate eine rechtliche Macht gegeben sei, bezeichnet diese Macht als nicht individualisiert genug, als daß man von einem subjektiven Recht sprechen könnte. Die Freiheitsrechte selbst gewährten noch keine wirklichen Ansprüche gegenüber den Behörden, solche lägen erst vor, wenn die in ihm geschützten Interessen verletzt wurden.

---

[2] Bd. 1 S. 142.

[3] §§ 153, 157, 442.

Jellinek,[4] der in seinem System der subjektiven öffentlichen Rechte für die Freiheitsrechte den Ausdruck „negativer“ Status schafft, da sich der Staat der Herrschaft über das Individuum begeben hat, erkennt sie zwar als rechtlichen Zustand an, da sie imstande wären, Ansprüche gegen den Staat auf Nichthinderung und im Falle der Verletzung auch Rechtsbeschwerde zu erzeugen, aber man könnte nur von einer Freiheit im Singular sprechen, und diese sei „in juristischer Beziehung identisch mit den für den Staat rechtlich irrelevanten Handlungen der Subjizierten“. Daß die Freiheitsrechte dem individuellen Interesse zugute kämen, sei nur Reflexwirkung objektiven Rechts, nicht Erfüllung eines subjektiven Anspruchs.

In ähnlicher Weise erklärt sich auch Otto Mayer[5] dagegen, daß die Freiheitsrechte wirkliche Rechte der Individuen seien. Diesen verneinenden Ansichten gegenüber haben sich aber in der Literatur andere auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehende geltend gemacht.

v. Stengel[6] gibt zwar „den negativen Charakter der Grundrechte“ und „ihren Inhalt als Äußerungen der natürlichen Handlungsfreiheit“ zu, erklärt sie aber trotzdem für subjektive Rechte, da „im Staate auch die natürliche Handlungsfreiheit auf der Rechtsordnung be-

---

[4] Kap. 8.

[5] Bd. 1 S. 106.

[6] Wörterb. Bd. 2 § 3 S. 179, VerwR. S. 36.

ruht, welche dieselbe inhaltlich bestimmt und äußerlich begrenzt und beschränkt".

Löning[7] sagt zwar, wie Jellinek, daß man nur von einer Freiheit im Singular sprechen könne, da die einzelnen Freiheitsrechte sich nur als Ausübungen dieser Freiheit, nicht als selbständige subjektive Rechte darstellten, bezeichnet diese Freiheit aber als subjektives Recht. Nach seiner Ansicht bringen die die individuelle Freiheitssphäre beschränkenden Rechtssätze ein solches Recht für den einzelnen zur Entstehung, indem sie durch die Tatsache ihrer Existenz bewiesen, daß die Verwaltung zu Eingriffen in die individuelle Freiheitssphäre besonderer Ermächtigung bedürfe.

Wenn wir auch der letzteren Begründung nicht zustimmen, indem wir, wie Gluth,[8] glauben, daß nicht jeder die Verwaltung ermächtigende Rechtssatz gleichzeitig subjektive Rechte der einzelnen erzeuge, so vermögen wir auch die Ansicht der die rechtliche Natur der Freiheitssphäre als eines wirklichen Rechts ablehnenden Rechtslehrer nicht zu teilen. Wir geben Jellinek[9] darin recht, daß eine das Wesen des subjektiven Rechts treffende Definition beide Elemente, sowohl das formale der Willensmacht als auch das materielle des Gutes oder Interesses, enthalten muß, und nennen subjektives Recht:

---

[7] S. 11 ff.

[8] S. 585.

[9] Kap. 4.

„die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte, auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht". Beide Erfordernisse scheinen uns aber einer Anerkennung der Freiheitsrechte als wirklicher Rechte nicht hinderlich zu sein. Die Willensmacht des Individuums über die Verwaltungsorgane ist nur nicht eine solche greifbare, wie sie es bei den Beziehungen von Individuum zu Individuum sein würde, sondern viel allgemeinerer Natur. Das ist aber ganz erklärlich, da der Verpflichtete eben der Staat ist, sich also nicht gleichberechtigte Persönlichkeiten[10] gegenüberstehen wie bei den Privatrechtsverhältnissen. Dem Staate gegenüber scheint uns auch die persönliche Freiheit des Individuums ein Gut oder Interesse zu sein, auf das die Willensmacht des Individuums gerichtet ist. Wir haben es demnach mit subjektiven Rechten zu tun, zwar nicht mit solchen im Sinne des Privatrechts, sondern mit eigenartigen, eben „öffentlichen" subjektiven Rechten.

Wenn Gierke[11] die Freiheitsrechte für subjektive „Privatrechte" des einzelnen erklärt, indem er behauptet, daß die Freiheitsrechte nichts weiter als ein Ausfluß des „Rechts der Persönlichkeit" seien, daß dieses Recht der Persönlichkeit aber ein Privatrecht des einzelnen sei, ja daß sich einzelne von ihnen, wie die allgemeine Gewerbefreiheit, als „besonderes" Privatrecht darstellten, so

[10] Der Staat tritt hier als öffentlicher Gewalthaber, nicht als Privatrechtssubjekt auf.

[11] Deutsches PrivR. Bd. 1 S. 713 ff.

können wir ihm nicht zustimmen, da z. B. dieses „Recht der Betätigung“, wie es Gierke nennt, unserer Ansicht nach, soweit es dem einen Individuum gegenüber dem andern zusteht, kein Recht, wie z. B. das Namensrecht, sondern nur Ausfluß der natürlichen Handlungsfreiheit ist und nur dem Staate gegenüber den Charakter eines wirklichen Rechtes annimmt.

Die Gewerbefreiheit haben wir oben als eine Unterart der Freiheitsrechte bezeichnet. Wir können daher z. B. Laband[12] auch speziell in Hinsicht auf sie nicht zustimmen, wenn er von ihr sagt:

„Gewerbefreiheit ist überhaupt kein Begriff von positivem Rechtsinhalt und noch viel weniger ein subjektives Recht, sondern die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in bezug auf die gewerbliche Tätigkeit“.

Der Inhalt der Gewerbefreiheit ist vielmehr unseres Erachtens der, daß sie den einzelnen ebenso wie die Freiheitsrechte überhaupt ein subjektives öffentliches Recht gegenüber den Verwaltungsorganen gewährt, und zwar darauf, am Gewerbebetriebe nicht von ihnen gehindert zu werden, soweit die Organe nicht durch die Gesetzgebung ausdrücklich dazu ermächtigt sind. Dagegen scheint uns im Gegensatz zu Rehm[13] durch den § 1 Abs. 1 RGewO. keineswegs ein „privates“ Gewerberecht

[12] Bd. 3 S. 195.

[13] Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession § 3.

begründet zu sein. Von einer „Gestattung" kann nur die Rede sein, wenn man jemand Rechte verleihen will, die er vorher nicht hatte, wie das bei dem Verhältnis von Individuum zu Verwaltungsorganen in dieser Beziehung geschichtlich der Fall war. Gegenüber den anderen Individuen braucht man die Gewerbefreiheit nicht durch die Rechtsordnung erst besonders zu gestatten, weil sie schon auf Grund der natürlichen Handlungsfreiheit vorhanden ist.

Wir haben bereits oben hervorgehoben, daß das Prinzip der Gewerbefreiheit nicht uneingeschränkt zur Durchführung gelangt ist, sondern daß sich das Erfordernis einer Konzession als Beschränkung der Gewerbefreiheit darstellt. Solche Beschränkungen bestehen nach § 1 Abs. 1 RGewO. nur insoweit, als sie durch die Reichsgewerbeordnung selbst vorgeschrieben oder zugelassen sind.

§ 4.

## Einteilungen der Konzessionen der Reichsgewerbeordnung.

Die konzessionspflichtigen Gewerbe zählt die Reichsgewerbeordnung unter Tit. 2 Abschn. 2 „Erfordernis besonderer Genehmigung" auf.

Sie gibt selbst eine Einteilung der Konzessionen, da dort Anlagen, welche einer besonderen Genehmigung bedürfen, von Gewerbebetrieben, welche einer besonderen Genehmigung bedürfen, unterschieden werden. Da die

ersteren, die wir in §§ 16 u. 24 aufgezählt finden, nach § 25 bei Übergang auf einen neuen Erwerber keiner Erneuerung der Konzession bedürfen, sondern nur bei Änderung der Lage und Beschaffenheit der Betriebsstätte oder wesentlichen Betriebes, so nennen wir sie Realkonzessionen im Gegensatz zu den entweder außerdem noch an die Person[1] oder an letztere allein geknüpften Personalkonzessionen der §§ 29 ff.[2]

Eine Unterart der Personalkonzessionen wieder bilden die gewerblichen Approbationen, wie wir sie für Apotheker, Ärzte (§ 29), Hebammen (§ 30 Abs. 3), Seeschiffer, Seesteuerleute usw. des § 31 vorgeschrieben finden, landesgesetzlich zugelassen auch für Hufschmiede nach § 30. Ihre Eigentümlichkeit besteht darin, daß der Bewerber bei ihnen einen Nachweis der Befähigung bringen muß, während bei den übrigen Personalkonzessionen, also den Personalkonzessionen im engeren Sinne, allgemein die „Zuverlässigkeit" des Bewerbers das Entscheidende ist, auch z. B. im Falle des § 33 Abs. 2 Ziff. 1, wo nur das Gesetz bezüglich der Beurteilung der Willkür der Verwaltungsbehörden Schranken gezogen hat.[3] Daher ist bei den Approbationen das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden ausgeschlossen, vielmehr die Erteilung und Verweigerung, wie G. Meyer[4] sagt, an die Erfüllung

[1] s. die Schankkonzessionen des § 33.

[2] G. Meyer S. 373.

[3] vgl. Entsch. d. OVG. Bd. 9 S. 290 ff.

[4] In Stengels Wörterb. Bd. 1 S. 842.

eines „objektiven Tatbestandes“ geknüpft. Wird der Befähigungsnachweis von dem Bewerber erbracht, so muß die Konzession auch erteilt werden. Dagegen ist bei der Frage der Zuverlässigkeit[5] die persönliche subjektive Ansicht der betreffende Verwaltungsbehörde das Ausschlaggebende.

Eine besondere Art der Approbationen ist die der Ärzte, indem dieselbe nicht wie die übrigen Approbationen zur „Ausübung“ des Gewerbebetriebes notwendig ist, da die „Ausübung“ der Heilkunde freigegeben ist, sondern nach § 29 zur „Bezeichnung“ als Arzt oder mit gleichbedeutenden Titeln erforderlich ist. Eine Betrauung mit amtlichen Aufträgen ist nur unter dieser Voraussetzung möglich.

---

[5] Es besteht eine Streitfrage, ob dann, wenn das Gesetz die Erteilung der Konzession vom Vorliegen persönlicher Eigenschaften abhängig macht, Inhaber der Konzession auch eine „juristische Person“ sein könne. Während bei den Approbationen dies übereinstimmend schon aus natürlichen Gründen verneint wird, ist man bezüglich der Fälle, wo es sich um „Zuverlässigkeit“ handelt, nicht einig. So steht Landmann S. 54 ff. und auch Entsch. d. OVG. Bd. 9 S. 292 ff. auf einem ablehnenden Standpunkte. Wir dagegen schließen uns der entgegengesetzten Meinung Ellingers S. 289 an, der mit Recht hervorhebt, daß die Beurteilung des Vorliegens persönlicher Eigenschaften bei einer physischen Person keine sichere sei als bei einer juristischen und die Ausübung der Konzession ja nach § 45 durch einen qualifizierten Stellvertreter zu erfolgen habe. Wir glauben, daß besonders der Wortlaut des § 1 Abs. 1 in Verb. mit dem des § 12 Abs. 1 für eine derartige Auffassung sprechen.

Es ist also eine rechtliche Verschiedenheit zwischen Konzessionen und Approbationen nur dann vorhanden, wenn wir mit Konzession die Personalkonzession im engeren Sinne meinen. Andernfalls dagegen bilden die Approbationen rechtlich nur eine Unterart des weiteren Begriffes der Konzessionen und innerhalb dessen wieder der Personalkonzessionen. Hinsichtlich letzterer waren wir zu dem Resultat gekommen, daß sie sich als Beschränkungen der Gewerbefreiheit des § 1 Abs. 1 darstellen.

§ 5.

## Verhältnis der Konzessionen zur Gewerbefreiheit, ihre konstitutive Bedeutung.

Eine solche Beschränkung der Gewerbefreiheit kann man sich nun auf zweierlei Weise denken. Entweder — und so tut es Gluth S. 607 ff. — bleibt die durch § 1 gewährleistete Gewerbefreiheit auch für die konzessionspflichtigen Gewerbe bestehen, der Konzessionsbewerber vermag diese seine Gewerbefreiheit nur nicht auszuüben, weil der Ausübung aus Gründen des öffentlichen Interesses Schranken gesetzt sind. Indem das Individuum den Anspruch auf die Konzession erhebt, betätigt es vielmehr gerade seine Gewerbefreiheit. Oder aber — und so wird die Konzession von den meisten aufgefaßt — dadurch, daß gewisse Gewerbebetriebe von der Reichsgewerbeordnung für konzessionspflichtig erklärt werden, wird für sie die allgemeine Gewerbefreiheit aufgehoben und nur

für den, dem die Konzession erteilt ist, besteht eine Ausnahme von dem allgemeinen Verbot, das konzessionspflichtige Gewerbe zu betreiben. Wo Konzessionen erfordert werden, liegen, wie Otto Mayer (S. 287) sagt, „Polizeiverbote mit Erlaubnisvorbehalt“ vor.

In dem ersten Falle ist die Konzession nichts weiter als die Feststellung, daß der Ausübung der Gewerbefreiheit in dem bestimmten Falle öffentliche Interessen nicht entgegenstehen. Sie hat also nur deklaratorische Bedeutung. Eine wirkliche Rechtsänderung der Lage des Individuums wird nicht bewirkt. Diese Ansicht vermögen wir nicht zu teilen, da, wie Rehm (S. 74) mit Recht sagt, der § 1 Abs. 1, durch den ja nach unserer Ansicht ein subjektives öffentliches Recht begründet wird, dadurch den Sinn bekommen würde:

„Die Ausübung seines Gewerberechts ist jedem Gewerbeberechtigten gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind“. Eine solche Auslegung des Paragraphen verstößt aber gegen dessen Wortlaut, vielmehr wird mit Recht fast übereinstimmend von der Literatur [1] erklärt, daß § 1 nur die „Zulassung“ zum Gewerbebetriebe regelt.

Wir schließen uns daher bezüglich der Bedeutung des Erfordernisses der Konzession als „Beschränkung“ der zweiten Meinung an, wie sie auch von der überwiegenden Mehrheit der Rechtslehrer, Laband, Jellinek

[1] vgl. z. B. Landmann S. 45.

(S. 110), auch von Otto Mayer vertreten wird. Den drei Letztgenannten vermögen wir hinsichtlich der Wirkung der erteilten Erlaubnis für den Konzessionierten aber deswegen nicht zuzustimmen, weil wir bezüglich der Grundlage ihrer Auffassung anderer Meinung sind.

§ 6.

## Die Konzessionen als subjektive öffentliche Rechte begründende Akte.

Wenn Laband[1] sagt, die durch die Konzession erteilte Befugnis habe nicht die Gestalt eines subjektiven Rechts, sondern die der Negation der Negation der Gewerbefreiheit, weil durch sie das Verbot der Betätigung der allgemeinen Handlungsfreiheit wieder aufgehoben sei, und Otto Mayer[2] der Erlaubnis einen eigenen, subjektives Recht begründenden Inhalt abstreitet, weil sie nur die Wiederherstellung der Freiheit bedeute, die ohne das Verbot bestände, so ist dies eine Folge davon, daß die genannten Rechtslehrer die Gewerbefreiheit nur für einen natürlichen Zustand ohne Rechtscharakter halten. Da wir demgegenüber die Gewerbefreiheit für ein subjektives öffentliches Recht der einzelnen erklärt haben, so wird nach unserer Ansicht durch ihre Wiederherstellung in der Person des Konzessionierten für diesen ein subjektives öffentliches Recht begründet.

[1] Bd. 3 S. 609.

[2] Bd. 1 S. 292.

Daß wir es mit einem wirklichen Rechte des Untertanen zu tun haben, dafür zeugen besonders die Bestimmungen der §§ 40, 51, 52 u. 54, durch welche der Willkür der Verwaltungsbehörden hinsichtlich der Rücknahme einer Erlaubnis und der Untersagung eines gestatteten Gewerbebetriebes Schranken auferlegt werden, indem in solchen Fällen nach § 20 der Rekurs an die nächstvorgesetzte Behörde für zulässig erklärt wird, besonders aber weist der Umstand, daß in den Ländern, wo Verwaltungsgerichte vorhanden sind, wie z. B. in Preußen[3], dieselben für Konzessionsstreitigkeiten zuständig sind, da § 21 Abs. 1 RGewO. die nähere Bestimmung des Verfahrens und der Behörden den Landesgesetzen vorbehält, darauf hin, daß es sich um den Schutz subjektiver Rechte handelt. Wie überwiegend in der Literatur[4] anerkannt, ist die vornehmste Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, dem Schutze der öffentlichen Interessen sowie dem subjektiven öffentlichen Rechte der einzelnen zu dienen. Als Rechtsprechung auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts dient sie der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung; sie behandelt die rechtsuchenden Parteien als gleichberechtigte und hat nur darauf zu sehen, ihnen ihr Recht zu verschaffen, ohne wie sonst Zweckmäßigkeitsfragen zu berücksichtigen. Wenn auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht „nur" subjektive Rechte zu schützen

[3] Zuständigkeitsgesetz v. 1. 8. 1883 Titel XVI.

[4] v. Stengel Bd. 2 S. 713f.; Georg Meyer § 11; Sarwey § 7.

hat, so bilden doch diese anderen Fälle immerhin die Ausnahme. Eine solche in unserem Falle gerade anzunehmen, liegt aber keine Veranlassung vor.

Die durch die Konzession gewährte Befugnis zeigt auch die besonderen Eigenschaften der subjektiven öffentlichen Rechte, indem auch sie prinzipiell weder unter Lebenden noch für den Todesfall übertragbar, mit anderen Worten also „höchstpersönlich" ist. Natürlich gilt dies nicht von den Realkonzessionen, die ja von vornherein nicht an die Person des Konzessionierten geknüpft sind. Im übrigen ist allerdings im § 46 Satz 1 der Witwe und den minderjährigen Kindern des Konzessionsinhabers die Fortsetzung des Gewerbebetriebs unter Zuhilfenahme eines nach § 45 qualifizierten Stellvertreters gestattet. Von einem solchen wird nur das Vorliegen der persönlich erforderten Eigenschaften verlangt, nicht auch daß ihm die für das Gewerbe notwendige Konzession erteilt ist, denn diese muß ja der Vertretene im Falle des § 45 haben, da die Ausnahmen und Beschränkungen des § 1 Abs. 1 solche der „Zulassung" zum Gewerbebetriebe und nicht der Ausübung desselben sind. Im Falle des § 46 Abs. 1 ist also keine andere Konzession notwendig,[5] es tritt eine Vererbung des öffentlichen subjektiven Rechts des Konzessionierten ein. Da dies aber besonders im Gesetz hervorgehoben ist, so haben wir es mit einer Ausnahme von der Regel zu tun, daß Konzessionen nicht

[5] Ein besonderer Fall des § 46 Satz 1 wird in den Entsch. des OVG. Bd. 11 S. 326 behandelt.

vererblich sind. Einen Beweis für die Nichtübertragbarkeit der Konzessionen bietet § 48.[6] Dort ist für Realgewerbeberechtigungen, die dem Inhaber zugleich auch ein privates Gewerberecht gewähren, mit der Übertragung des letzteren auch die Übertragung des öffentlichen subjektiven Rechts ausdrücklich für zulässig erklärt. Daraus folgt, daß der Gesetzgeber eine Übertragung der Konzession ohne solche Grundlage nicht für zulässig erachtet.[7]

Da die durch die Gewerbekonzession erteilte Befugnis die sonstigen Eigenschaften der subjektiven öffentlichen Rechte zeigt, so wird man jedenfalls auch auf die erteilte Konzession verzichten[8] können, wenn auch die Reichsgewerbeordnung den Verzicht nicht besonders als Erlöschungsgrund[9] aufführt. Man kann doch nicht gezwungen werden, Rechte, die man nicht mehr haben will, zu behalten. Der Meinung Seydels,[10] der aus dem Umstand, daß die Reichsgewerbeordnung den Verzicht nicht als Erlöschungsgrund erwähnt, einen solchen nicht anerkennen will und deswegen der Konzession den Charakter eines subjektiven Rechts abspricht, weil man „nur da verzichten könne, wo man Rechte in Anspruch nehme“,

---

[6] Rehm § 10.

[7] v. Stengel, VerwR. S. 40; v. Schicker S. 258; Entsch. d. OVG. Bd. 17 S. 401.

[8] Man kann natürlich auf öffentliche Rechte nicht verzichten, wenn sie zugleich auch öffentliche Pflichten sind.

[9] Solche finden sich im § 49 aufgezählt.

[10] Gewerbepolizeirecht S. 637/38; Bayer. Staatsr. S. 683/84.

können wir nicht zustimmen. Daß durch die Konzessionserteilung nicht etwa auch eine Erweiterung der „Privatrechtsfähigkeit" des Konzessionierten eintritt, geht außer aus dem Umstande, daß die Konzession sich als Wiederherstellung eines öffentlichen Rechts darstellt, auch positiv daraus hervor, daß die ohne die erforderliche Konzession vorgenommenen Handlungen nach § 147 nur mit Strafe bedroht sind, nicht aber auch nichtig sind. In dieser Beziehung sagt Jellinek[11] mit Recht:

„Der konzessionierte Gewerbeinhaber schließt seine Rechtsgeschäfte nicht kraft seiner Konzession, sondern kraft seiner unabhängig von der Konzession bestehenden Handlungsfreiheit ab, deren Betätigung zwar, aber nicht deren Dasein der staatlichen Erlaubnis unterstellt ist". Die Privatrechtsfähigkeit wird also durch die Erteilung der Konzessionen nicht berührt.

Umgekehrt weist § 15 Abs. 2 darauf hin, daß die Konzessionen öffentliche Befugnisse gewähren, da nach dieser Bestimmung ein ungenehmigter Betrieb „polizeilich"[12] verhindert werden kann. So sagt auch Landmann (S. 228), daß durch die Konzession selbst nur ein subjektives öffentliches Recht begründet werde. Den Charakter

---

[11] Kap. 8 S. 111.

[12] Die Polizei ist nur eine Unterart der Verwaltung oder vielmehr eine Bezeichnung einer besonderen Tätigkeit der Verwaltung; Löning S. 8: Tätigkeit der Staatsgewalt auf dem Gebiete der inneren Verwaltung, soweit dieselbe mit Zwang gegen Personen verbunden ist.

eines Privatrechts[13] nehme es vielmehr erst an durch den „Beginn"[14] des konzessionierten Gewerbes.

Außer Landmann bezeichnen noch eine große Anzahl anderer Rechtslehrer und Kommentatoren der Reichsgewerbeordnung die durch die Konzessionen gewährten Befugnisse als subjektive öffentliche Rechte.

Rehm (§ 4), der dem § 1 Abs. 1 nicht nur die Bedeutung der Verleihung eines öffentlichen, sondern auch eines privaten Gewerberechts beilegt, hält das Erfordernis der Konzession nur für eine Beschränkung des öffentlichen Gewerberechts und spricht den Konzessionen also auch nur in diesem Sinne eine Wirkung für den Konzessionierten zu.

v. Schicker (S. 97) folgert mit Recht die Rechtsnatur der Konzession sowohl aus der Natur der polizeilichen Erlaubnis, Konzession oder Approbation, als auch aus den Bestimmungen über die Verjährung und Zurücknahme derselben.

---

[13] Dagegen stellen sich die Patenterteilung und die Verleihung des Bergbaurechts allerdings als Begründung subjektiver Privatrechte dar, da sie dem Inhaber eine ausschließliche Berechtigung gegenüber anderen Privatpersonen verleihen, eine Verletzung der Rechte durch Private möglich ist und ihnen Schutz durch die ordentlichen Gerichte gewährt wird (G. Meyer S. 69/70).

[14] Wir glauben allerdings, daß die dem Individuum durch die Konzession gewährte Befugnis sich in ihrem ganzen Umfange nur gegen den Staat richtet und nicht gegen andere Individuen, daß insbesondere also auch nach „Beginn" des Gewerbes diese Befugnis nicht den Charakter eines Privatrechts annimmt.

Ähnlich begründen auch Georg Meyer[15] und Schenkel[16] die Rechtsnatur der Konzessionen dahin, daß es sich um ein öffentliches subjektives Recht handle.

§ 7.

## Der Akt der Erteilung der Konzessionen eine rechtsbegründende Verwaltungsverfügung.

Wir sind bisher auf den juristischen Charakter des „Aktes" der Erlaubniserteilung noch nicht näher ein=

---

[15] Georg Meyer (Stengels Wörterb. Bd. 1 S. 842) führt als Beweis an, daß das polizeiliche Gebietungs= und Verbietungsrecht gegenüber konzessionierten Gewerben ausgeschlossen, und daß gegen Übergriffe der Polizeibehörden in solchen Fällen die Verwaltungsgerichte, wenigstens soweit solche bestünden, zuständig seien. Ein wirkliches Recht sei aber die den Inhabern der Konzession gewährte öffentliche Befugnis, weil für die konzessionspflichtigen Gewerbe die angeborene Handlungsfreiheit nicht bestehe, vielmehr bilde die gesetzliche Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit die unerläßliche Voraussetzung für die Existenz jeder Konzessionspflicht. Diese Begründung Georg Meyers dürfte im wesentlichen dieselbe sein wie die von uns oben gegebene.

[16] Nach Schenkel (S. 94) wird für den Inhaber der Konzession ein öffentliches subjektives Recht begründet, weil, wie das ja auch unsere Ansicht ist, durch das Erfordernis der Konzession für die betreffenden Gewerbe die allgemeine Gewerbeberechtigung des § 1 RGewO. aufgehoben sei und die Gewerbebefugnis nur durch einen besonderen Verwaltungsakt erlangt werden könne, nach der Erteilung aber der Konzessionierte einen Anspruch gegen die Gewerbepolizeibehörde erlangt habe, daß ihm die Vornahme der betreffenden Gewerbsverrichtungen nicht im Verwaltungswege untersagt werde.

gegangen. Die Erteilungen[1] gehen von den Verwaltungsbehörden der einzelnen Bundesstaaten aus. Welche Behörden im einzelnen Falle zuständig sind, hat die Reichsgewerbeordnung meist den Landesregierungen[2] überlassen. Als Verwaltungsakte stehen die Konzessionen im Gegensatze zu „gesetzgeberischen" Akten, wozu auch das Privileg gehört.[3] Hinsichtlich der Wirkung für den Inhaber weisen beide Rechtshandlungen keine Verschiedenheiten auf, da auch das Privileg, wenigstens im engeren Sinne, das Recht verleiht, eine Handlung vorzunehmen, die allen anderen nicht gestattet ist. Aber die objektivrechtliche Grundlage, der Akt der Erteilung des Rechts, ist hier die lex specialis, ein besonderes zugunsten des einzelnen erlassenes Gesetz. Es wird also neues objektives Recht geschaffen, während sich die Konzession nur als ein Ausfluß des staatlichen Hoheitsrechtes darstellt, das der Staat durch seine Verwaltungsorgane ausüben läßt.

Es liegt aber auch kein Akt der „Rechtsprechung" vor, d. h. bei Erteilung der Konzession handelt es sich nicht um die Entscheidung von Rechtsverhältnissen, die zwischen zwei Parteien streitig geworden sind, sondern sie besagt lediglich, „daß dem beabsichtigten Handeln aus

---

[1] Die erteilten Konzessionen gelten teils für das ganze Reichsgebiet, wie z. B. die der §§ 29, 30a, teils nur für den Bundesstaat, durch dessen Behörden sie erteilt sind.

[2] Im Falle des § 29 ist die Bestimmung der für Approbationen zuständigen Behörden dem Bundesrat vorbehalten.

[3] vgl. Engelmann S. 26.

Gründen des durch das objektive Recht der Wahrnehmung durch die Behörde überwiesenen öffentlichen Interesses nichts entgegensteht“.[4]

Die Verwaltungsbehörde wendet nicht die gegebenen Rechtssätze auf die von den Parteien vorgebrachten und feststehenden Tatsachen an und spricht nur das für sie aus dieser Subsumtion folgende Ergebnis aus; wir haben es vielmehr mit einem freien Willensentschluß der Behörde zu tun, der zwar mehr oder weniger durch gesetzliche Vorschriften eingeengt sein kann, für den aber doch in letzter Linie immer das Ermessen[5] der Behörden auf Grund des öffentlichen Interesses (vgl. z. B. § 18), nicht die Verwirklichung der Rechtsordnung das Maßgebende ist. Zweckmäßigkeitsfragen sind es, die bei Erteilung der Konzession zu berücksichtigen sind. Auch dann, wenn dritte Interessenten (z. B. § 19) Einwendungen gegen die Erteilung der Konzession machen und die Behörde sie trotzdem gewährt, so kann hierin zwar eine endgültige Feststellung der Rechte oder Nichtrechte der Dritten liegen, man ist aber, wie Gluth S. 627 sagt, darum doch nicht berechtigt, den Akt in seiner Totalität als Akt der Rechtsprechung zu bezeichnen. Wir haben es vielmehr mit zwei getrennten Akten zu tun, dem Akte der Konzession und

---

[4] Gluth S. 622.

[5] Bei den Approbationen ist zwar, wie oben gesagt, das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden ausgeschlossen; auch bei ihnen haben wir es aber nicht mit einem Rechtsstreit zu tun.

der Rechtsprechung. Erstere bleibt auch in diesem Falle ein „Verwaltungs“akt.

Der Umstand, daß die Tätigkeit der Behörde einen Antrag seitens einer bestimmten Person voraussetzt, könnte zu der Meinung verleiten, der Verwaltungsakt sei seiner juristischen Natur nach ein „Vertrag“. An sich ist ein solcher auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts ebensogut möglich wie auf dem Gebiete des Privatrechts. Der Staat kann, auch wenn er nicht als Privatrechtssubjekt auftritt, den Abschluß eines Vertrages mit seinen Untertanen zur Erreichung seiner Zwecke für dienlich halten, nämlich dann, wenn er auf Grund seines Imperiums nicht vorgehen kann.[6] Wir finden daher bei den meisten Verwaltungsrechtslehrern die Verwaltungsakte ihrer Form nach in Verträge und Verfügungen eingeteilt.[7]

Als Vertrag haben wir ebenso wie auf dem Gebiete des Privatrechts „das zweiseitige Rechtsgeschäft, d. h. eine übereinstimmende Willenserklärung zweier oder mehrerer Personen des Inhalts, daß ein Rechtsverhältnis für sie oder unter Umständen auch für andere begründet, verändert oder aufgehoben werden soll,“ anzusehen.[8] Eine solche übereinstimmende Willenserklärung liegt nun aber in unserem Falle nicht vor, da der Antrag oder das Gesuch, auf das die Konzession ergeht, nicht eine vertragsmäßige

---

[6] Jellinek Kap. 12.

[7] vgl. Laband Bd. 2 § 65; v. Stengel, VerwR. § 39.

[8] v. Stengel, Wörterb. S. 701 ff.

Zustimmung des Antragstellers ist. Es ist also durch die darauffolgende Erteilung seitens der Behörde eine übereinstimmende Willenserklärung zwischen Gesuchsteller und Behörde nicht zustande gekommen, weil die Behörde und Gesuchsteller, wie v. Stengel (S. 704) sagt, hier „nicht auf dem Boden der Gleichberechtigung verhandeln, sondern die Behörde dem ihrer Amtsgewalt untergebenen Gesuchsteller das erbetene Recht verleiht“.[9] Der Antrag gibt nur den äußeren Anstoß zu dem Verwaltungsakte, er stellt sich als „Voraussetzung der Gültigkeit“ desselben dar. Es kommt noch hinzu, daß die Verwaltung zur Abschließung eines an sich begrifflich zulässigen öffentlich-rechtlichen Vertrages einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung hinsichtlich eines bestimmten Verhältnisses bedarf.[10] In den Bestimmungen der Reichsgewerbeordnung über konzessionspflichtige Gewerbe findet sich aber eine solche Ermächtigung nicht. Den Akt der Erteilung können wir daher nicht als verwaltungsrechtlichen Vertrag ansehen, er ist vielmehr eine „Verfügung“, das einseitige Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechts.

Der Akt ist aber nicht bloß seiner Form nach eine Verfügung, sondern auch dem Inhalte nach, also in materiellem Sinne. Von einer solchen verlangen wir im Gegensatz zur Verordnung,[11] wie v. Stengel, daß sie die

---

[9] G. Meyer S. 72.

[10] v. Stengel.

[11] Bei der Verordnung handelt es sich um den Erlaß allgemeiner abstrakter Vorschriften, die nicht nur für den Einzelfall Geltung haben.

Regelung konkreter Verhältnisse zum Gegenstande hat. Durch die Konzession wird auch nur das einzelne sie nachsuchende Individuum in seinen Rechtsverhältnissen getroffen.

Die verwaltungsrechtlichen Verfügungen sind nun ihrem Inhalte nach in den Lehrbüchern verschiedenen Einteilungen unterworfen. Gewöhnlich hat man fünf Gruppen gebildet.

Als erste Gruppe der Verfügungen wird der „Befehl“ angesehen, der seinerseits wieder die Form des Gebots oder Verbots annehmen kann, je nachdem die Verwaltungsbehörde das Tun oder Unterlassen einer konkreten Handlung fordert. Die Befehle sind die natürlichsten Äußerungen der Verwaltungstätigkeit, in deren Wesen es liegt, die Herrschaftsbefugnis des Staates zum Ausdruck zu bringen, sei es den Verwaltungsorganen selber gegenüber, sei es gegenüber den Untertanen.

Für die zweite Gruppe der Verfügungen sind die Bezeichnungen in der Literatur nicht einheitlich; so spricht G. Meyer (S. 27) von Erlaubniserteilung, E. Löning (S. 242) von Ermächtigungen, Laband (Bd. 2 S. 179) von Gewährungen, v. Stengel (S. 183) von Erlaubniserteilungen und Ermächtigungen. Da zu dieser Gruppe alle Willenserklärungen gerechnet werden, durch welche die Befugnis zur Vornahme von Handlungen, auch z. B. zur Ausübung eines subjektiven Rechts erteilt wird, so werden die Gewerbskonzessionen von denjenigen Rechtslehrern, die in der Erteilung der Konzession nicht die

unmittelbare „Verleihung“ eines subjektiven Rechts sehen, zu dieser Gruppe gezählt.

Die dritte Gruppe bilden die rechtsbegründenden und rechtsaufhebenden Verwaltungsakte, sei es nun, daß es sich um ein öffentliches oder um ein privates Recht handelt.

Als vierte Gruppe werden die Feststellungen und Beurkundungen der Verwaltung aufgezählt und als fünfte endlich die richterlichen Entscheidungen der Verwaltung, die nur formell Verwaltungsakte sind.

Da nach unserer Ansicht durch die Gewerbskonzessionen subjektive öffentliche Rechte der einzelnen begründet werden, zählen wir sie unter die Gruppe 3 als „rechtsbegründende“ Verwaltungsakte.

## § 8.

## Gewerbliche Konzessionen nach der Reichsgewerbeordnung und nach Landesrecht.

Da die Reichsgewerbeordnung eine Kodifikation [1] des geltenden Gewerberechts ist, finden sich in ihr auch alle konzessionspflichtigen Gewerbebetriebe aufgeführt. Trotzdem gibt die Reichsgewerbeordnung keine ausschließliche Regelung aller gewerblichen Konzessionen, sondern wir finden solche daneben in den Landesgesetzen, da diese vielfach aufrechterhalten worden sind. So bedürfen z. B.

---

[1] Man bezeichnet die Gewerbeordnung vielfach überhaupt nur als Polizeigesetz.

nach § 30a Hufschmiede nur dann eines Prüfungszeugnisses, wenn die Landesgesetze es vorschreiben. Für die Apotheker, die nach § 29, um überhaupt zum Betriebe einer Apotheke zugelassen zu werden, reichsgesetzlich approbiert sein müssen, schreiben die Landesgesetze zum Betriebe einer bestimmten Apotheke auch noch staatliche Konzession vor,[2] falls die Approbierten sie nicht als Realgewerbegerechtigkeit erwerben, denn nach § 6 RGewO. Abs. 1 Satz 2 in Verb. mit § 29 Abs. 3 sind für die Errichtung und Verlegung der Apotheken die landesgesetzlichen Bestimmungen in Kraft geblieben.

§ 9.

## Nichtgewerbliche Konzessionen.

Wir gehen nunmehr dazu über, die Konzessionen — Approbationen finden wir, wie schon oben gesagt, nur in der Reichsgewerbeordnung —, soweit sie sich in anderen Gesetzen finden und nicht gewerbliche[1] sind, ihrem juristischen Charakter nach zu betrachten. Hier haben wir größtenteils noch Landesgesetze zu berücksichtigen.

---

[2] G. Meyer Bd. 1 S. 214.

[1] Der Begriff „Gewerbe" ist ein unbestimmter. Gewerbe ist eigentlich das, was man im gewöhnlichen Leben darunter versteht. Die RGewO. selbst gibt keine Definition; aus § 6 lassen sich aber immerhin einige Schlüsse auf die Absicht des Gesetzgebers bezüglich des Begriffes ziehen. Landmann S. 22 ff.; Seydel, Gewerbepolizeirecht §§ 1 u. 2.

Die bekannteste Konzession außerhalb der Reichsgewerbeordnung ist wohl die „Eisenbahnkonzession“. Nach § 1 des preuß. Eisenbahngesetzes v. 3. 11. 1838 ist zur Anlegung einer Eisenbahn durch eine Aktiengesellschaft „landesherrliche Genehmigung“ erforderlich, die auf Grund sorgfältiger Prüfung des Planes des Unternehmers erfolgt. Mit derselben wird nach § 8 auch zugleich das Recht der Expropriation verliehen. Was hier von Aktiengesellschaften gesagt ist, gilt heutzutage von privaten Eisenbahnunternehmungen überhaupt, da damals letztere nur in der Form von Aktiengesellschaften begründet wurden.[2] Da die Genehmigung vom Landesherrn ausgeht, liegt ein Verwaltungsakt vor, es handelt sich um einen Ausfluß des Eisenbahnhoheitsrechtes des Staates. Da ferner das Unternehmen dem öffentlichen Verkehre dient, also öffentliche Interessen auf dem Spiele stehen, greift es in die Machtsphäre des Staates ein, denn Anlagen zu „eigenem Gebrauche“ auf dem Grund und Boden des Unternehmers fallen als Ausfluß des Eigentumsrechtes nicht unter die konzessionspflichtigen Unternehmungen.[3] Nähere Bestimmungen über die Rechte, die das Individuum gegenüber dem Staate durch die Erteilung der Konzession erlangt hat, finden sich im Eisenbahngesetze nicht. Aber die ganze Art des Unternehmens (vgl. § 26) bringt es mit sich, daß der Unter-

---

[2] vgl. Eger S. 86 Anm. 1.

[3] G. Meyer S. 500; Otto Mayer Bd. 2 S. 300.

nehmer gegenüber dem Staate ein subjektives Recht auf den Betrieb des Unternehmens erlangt.[4] Rehm (S. 36) sieht in der Eisenbahnkonzession sogar einen Doppelakt, indem nach seiner Ansicht auch noch ein „privates“ Recht begründet wird, „insofern, als es während der Dauer der Konzession niemandem gestattet ist, eine andere Eisenbahn für die Benutzung des Publikums zu errichten, welche dieselben Endpunkte ohne Berührung neuer strategisch, politisch oder kommerziell wichtiger Zwischenpunkte in Verbindung bringen würde“.

Wir glauben, daß durch die Eisenbahnkonzession kein solches ausschließliches Privatrecht begründet wird, wenigstens nach dem preußischen Eisenbahngesetze. Der § 44 desselben dürfte vielmehr nur eine Sollvorschrift für die Verwaltung enthalten, ohne für den Konzessionierten ein besonderes Recht zu begründen.

Nach Art. 41 RV. kann auch das Reich Konzessionen erteilen, wenn es sich nämlich um Eisenbahnen handelt, die im Interesse der Verteidigung Deutschlands oder im Interesse des gemeinsamen Verkehrs für notwendig erachtet werden und deren Anlegung es Privatunternehmungen überläßt. Obwohl hier die Konzessionserteilung in Form eines Gesetzes vor sich geht, ist doch der Akt seiner Natur nach, d. i. gegenüber dem Konzessionierten, eine „Verwaltungshandlung“.[5] Die Eisen-

[4] vgl. Reger S. 94; Löning S. 628 u. G. Meyer in Stengels Wörterb. S. 842.

[5] vgl. G. Meyer, VerwR. S. 501.

bahnkonzessionen sind also ihrer juristischen Natur nach von den gewerblichen Konzessionen nicht verschieden.

Ebenso wird auch durch die Konzession, die nach dem Reichsgesetz von 1901 über die privaten Versicherungsunternehmungen (§ 4) für den Betrieb eines solchen Unternehmens nach Vorlegung des Geschäftsplanes erforderlich ist, ein subjektives öffentliches Recht, dahingehend, von der Aufsichtsbehörde nicht am Betriebe gehindert zu werden, begründet.[6]

Als eine besondere Art von Konzessionen werden vielfach diejenigen angesehen, die für die verschiedenen Arten von Wassernutzungen erfordert werden. Während der Umfang der konzessionspflichtigen Arten in den einzelnen deutschen Staaten ein verschiedener ist, insbesondere auch hinsichtlich der Frage, ob nur öffentliche oder auch private Flüsse in Betracht kämen, sind Stauwerke an öffentlichen Flüssen ziemlich übereinstimmend für konzessionspflichtig erklärt.[7] Im § 16 hat die Reichsgewerbeordnung[8] selbst Stauanlagen für Wassertriebwerke für konzessionspflichtig erklärt, ohne im übrigen die Landesgesetze aufzuheben (GewO. § 23). Daß die Genehmigungen, handle es sich

---

[6] vgl. Rehm, Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen 1907 2. Aufl. Bem. zu § 4.

[7] vgl. G. Meyer S. 307; Löning S. 386.

[8] In Preußen bestehen neben der Reichsgewerbeordnung keine Vorschriften über die Genehmigung zur Errichtung von Stauanlagen und Triebwerken.

nun um einen Gewerbebetrieb oder nicht, dem Konzessionierten subjektive öffentliche Rechte verleihen, darüber herrscht in der Literatur Einstimmigkeit. Otto Mayer,[9] der den Charakter der gewerbepolizeilichen Erlaubnisse als „Rechte“ begründender Willenserklärungen verneint, sieht in der Verleihung einer Wassernutzung die eines subjektiven öffentlichen Rechts, weil es sich um einen „Verwaltungsakt handle, durch welchen einem Untertanen rechtliche Macht gegeben wird über ein ausgeantwortetes Stück öffentlicher Verwaltung“.

Wir glauben, daß wie zwischen den sonstigen gewerblichen Konzessionen und der des § 16 kein Unterschied besteht, so auch ein solcher zwischen den Verleihungen von Wassernutzungen überhaupt und „gewerblichen Konzessionen“ nicht besteht. Wenn Rehm (S. 33) mit Recht in der Erteilung der Verleihung einer Nutzung an einem öffentlichen Flusse seitens des Staates einen Doppelakt sieht, indem der Staat einmal als Privatrechtssubjekt dem Konzessionierten ein privates Recht[10] und sodann als öffentliche Gewalt die öffentliche Berechtigung verleiht, so ist nur der letzte Akt Konzession zu nennen und die Einheitlichkeit der Akte nur eine äußerliche. Durch die Verleihung der Wassernutzungen werden also subjektive öffentliche Rechte der einzelnen begründet.

---

[9] Bd. 2 S. 147, 153.

[10] Er gibt als Eigentümer gewissermaßen seine privatrechtliche Einwilligung.

Nicht so einig ist man hinsichtlich der juristischen Natur des sogen. „Baukonsenses". Seine gesetzliche Grundlage findet er in Landesgesetzen; in Preußen gilt noch das allgem. Landrecht neben baupolizeilichen Verordnungen. Ersteres bestimmt in I, 8 § 69, daß zur Errichtung von Feuerstellen besondere obrigkeitliche Erlaubnis erforderlich ist. Die Folge der Zuwiderhandlung ist nach RStGB. § 367 Ziff. 15 Geldstrafe oder Haft. Es liegt also jedenfalls ein staatliches Verbot vor, das in öffentlichem Interesse ergangen ist, wie denn ja auch das Gesetz selbst in § 66 den Grund der in den §§ 67 u. 68 enthaltenen Beschränkungen dahin angibt:

„Daß zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens oder zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze kein Bau und keine Veränderung vorgenommen werden soll".

Das private Eigentumsrecht des Konzessionierten erfährt also durch die Erteilung keine Veränderung. So erklärt auch die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Bd. 5 S. 354, daß sich die Polizeibehörden bei Erteilung des Konsenses um privatrechtliche Tätigkeiten nicht zu kümmern haben, vielmehr die Parteien vor die ordentlichen Gerichte zu verweisen hätten. Höchstens eine vorbeugende Tätigkeit wird ihnen zugesprochen.

Dagegen hat die öffentliche Befugnis zum Bauen, die der Konzessionierte der Behörde gegenüber erlangt, allerdings unserer Ansicht nach den Charakter eines sub-

jektiven Rechts,[11] des Inhalts, in der Bautätigkeit nicht gestört zu werden.[12]

Eine besondere Art solcher Baukonsense finden wir in dem Festungsrayongesetze v. 21. 12. 1871, die nach §§ 13, 15 von der Kommandantur unter bestimmten Voraussetzungen erteilt werden.

Die Jagdordnung v. 15. 7. 1907 verlangt in § 29 von demjenigen, der die Jagd ausüben will, daß er einen auf seinen Namen lautenden Jagdschein bei sich führt. Dem Jagdscheininhaber wird durch die Erteilung desselben ein öffentliches Recht gewährt, ganz wie dem Inhaber einer gewerblichen Konzession.[13] [14] Dies geht besonders auch aus den Bestimmungen der §§ 36, 37 und den Strafbestimmungen der §§ 73, 74 hervor. Daß wir es hier mit einem öffentlichen Recht zu tun haben, zeigt sich darin, daß auch der Grundeigentümer, der privatrechtlich zur Jagd berechtigt ist, eines solchen nicht entbehren kann. Die öffentlichen Interessen gebieten, daß man nicht ohne Jagdkarte jagen darf.

Daß die Vorschriften über Konzessionen gerade in öffentliches Recht behandelnden Gesetzen gegeben sind, halten wir nicht für maßgebend. Wir stehen vielmehr

---

[11] A. A. sind z. B. OVG. Bd. 2 S. 355 u. G. Meyer in VerwR. von 1883.

[12] vgl. Rehm S. 31; G. Meyer in Stengels Wörterb. § 2.

[13] Von Jagd„konzession" spricht man aber nicht.

[14] vgl. G. Meyer in Stengels Wörterb. S. 842 u. Rehm S. 29.

nicht an, auch die nach § 795 Abs. 1 BGB. für Inhaberpapiere, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, erforderlichen staatlichen Genehmigungen für Konzessionen im bisher erörterten Sinne zu erklären. Dagegen haben wir es bei den sogen. Konzessionen von wirtschaftlichen Vereinen[15] mit einer juristisch anders gestalteten Rechtserscheinung zu tun. Diese „staatliche Verleihung" des § 22 BGB. ist zwar auch ein öffentlicher Akt, ein Verwaltungsakt, Wirkungen hat er aber nur auf privatrechtlichem Gebiete. Hier wird dem Verein aber kein subjektives Recht verliehen, sondern er wird durch den Akt überhaupt erst eine privatrechtliche Person, d. h. Rechtssubjekt, eine „jurististische Person": vorher ist er als solche[16] noch nicht vorhanden. Auch in eine Beziehung zum Staate tritt der Verein durch die Konzession nicht, es kann also auch kein Recht für ihn gegen den Staat begründet werden. Hier haben wir es nicht mit einer staatlichen Erlaubniserteilung an eine Person zu tun, sondern mit der Schaffung eines Rechtssubjektes durch den staatlichen Akt.

---

[15] Dasselbe gilt auch von den Genehmigungen bei Stiftungen (§ 80 BGB.).

[16] Als „nichtrechtsfähiger" Verein kann er natürlich früher schon vorhanden sein — vgl. §§ 21—24, 57 u. 59 BGB. — und auch in der Rechtswelt eine Rolle spielen — vgl. § 54 BGB. —, aber Träger von Rechten und Pflichten ist er noch nicht.

## § 10.

## Schluß.

Wir haben nun keineswegs das Gebiet der staatlichen Erlaubniserteilungen oder Genehmigungen erschöpft. Die bisherigen Fälle genügen aber, um uns zu zeigen, daß auch der Sprachgebrauch bezüglich des Ausdrucks „Konzessionen" nicht immer das Entscheidende ist. Wir möchten daher mit dem einheitlichen Namen der Konzessionen und Approbationen die staatlichen Erlaubnisse bezeichnen, deren rechtliche Natur und Bedeutung mit den Worten:

„Subjektive öffentliche Rechte begründende Verwaltungsakte"

hinreichend gekennzeichnet ist.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

# Lebenslauf.

Ich, Fritz Hermann Ferdinand Korb, Sohn des Oberregierungsrats Karl Korb und seiner Ehefrau Bertha geb. Hesterberg, bin geboren am 16. April 1887 in Rinteln a. d. W.; ich bin von Geburt Preuße, evangelischer Konfession.

Ostern 1896 kam ich auf das Gymnasium zu Rinteln, woselbst ich bis Johanni 1897 blieb. Von da an bis zur Ablegung der Reifeprüfung (Ostern 1905) besuchte ich das Gymnasium zu Frankfurt a. d. O.

Ich studierte darauf ein Semester die Rechte in Lausanne, drei Semester in München und die beiden letzten Semester in Breslau.

Die vorliegende Arbeit verfertigte ich während meiner Studienzeit.

Herrn Geheimen Justizrat Prof. Dr. Brie sage ich für die freundlichen Anregungen meinen herzlichsten Dank.

Am 5. Oktober 1908 bestand ich in Breslau das Referendarexamen, am 30. Oktober 1908 dortselbst das mündliche Doktorexamen.

Meiner Dienstpflicht habe ich noch nicht genügt.

Am 22. Oktober 1908 wurde ich bei dem Kgl. Amtsgericht in Goldberg i. Schl. als Referendar vereidigt, wo ich zurzeit beschäftigt bin.